



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Muñoz León, Fernando

NO A "SEPARADOS PERO IGUALES" EN CHILE: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a
partir de su primera sentencia

Estudios Constitucionales, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 201-228
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

NO A “SEPARADOS PERO IGUALES” EN CHILE: UN ANÁLISIS DEL DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN CHILENO A PARTIR DE SU PRIMERA SENTENCIA*

NO TO “SEPARATE BUT EQUAL” IN CHILE: AN ANALYSYS OF CHILEAN
ANTIDISCRIMINATION LAW BASED ON ITS FIRST JUDICIAL DECISION

FERNANDO MUÑOZ LEÓN**

Universidad Austral de Chile - Chile
fernando.munoz@uach.cl

RESUMEN: Con ocasión de la primera sentencia sobre discriminación arbitraria en nuestro país, el autor sugiere la existencia de una nueva área dentro de nuestro derecho, el derecho antidiscriminación chileno; identifica los principios que lo estructuran; subraya el trasfondo homofóbico del caso en cuestión; revisa acontecimientos dentro del juicio por discriminación comentado a fin de sugerir problemáticas futuras que seguirán surgiendo en la tramitación de este tipo de acciones; y concluye delineando algunas modificaciones necesarias a la Ley Antidiscriminación. Se pone especial énfasis en el rol sociocultural transformador que ha de darse a la Ley por parte de los operadores jurídicos.

ABSTRACT: In the wake of the first decision on unfair discrimination in our country, the author suggests the existence of a new area within our legal system, i.e. Chilean antidiscrimination law; identifies the principles that structure it; underscores the homophobic background of the case at issue; reviews events within the trial under consideration in order to suggest future questions that will continue to emerge in this kind of lawsuits; and concludes by sketching some amendments that should be introduced to the Antidiscrimination Statute. It is given a special emphasis to the sociocultural transformative role that juridical agents must give to the Statute.

PALABRAS CLAVE: Ley Zamudio, Derecho Antidiscriminación, Orientación Sexual.

KEY WORDS: Zamudio Act, Antidiscrimination law, Sexual Orientation.

1. INTRODUCCIÓN: LEY ANTIDISCRIMINACIÓN Y HOMOFOBIA

La dictación el pasado 5 de diciembre de 2012 de la primera sentencia sobre una acción de no discriminación en la Causa Rol Nº 17.314-2012, caratulada

* Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT Nº 11121191, titulado “El concepto de ‘grupos desventajados’ como complemento a la dogmática constitucional chilena sobre igualdad”, del cual el autor es Investigador Responsable. Trabajo recibido el 6 de enero y aprobado el 22 de mayo de 2013.

** Licenciado en Derecho, Universidad Católica de Chile; Máster y Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor auxiliar, Universidad Austral de Chile.

Zapata con Sociedad Comercial Marín Limitada y seguida ante el Tercer Juzgado Civil de Santiago, constituye un acontecimiento de gran interés para la comunidad nacional toda, para los grupos desventajados o vulnerables y las organizaciones involucradas en su protección y avance y, desde luego, para la comunidad jurídica. Este evento representa un momento adecuado para calibrar el potencial de la Ley N° 20.609, de Medidas contra la Discriminación, así como para intentar descifrar su significación dentro de nuestro sistema constitucional de valores.

En el plano locutivo, la Ley N° 20.609 (Ley Antidiscriminación o Ley, de ahora en adelante) realizó una importante contribución a nuestro sistema jurídico al regular un procedimiento contencioso especial para la revisión y sanción de aquellas conductas públicas y privadas que lesionen la dignidad, la libertad y la igualdad de las personas mediante actos discriminatorios. En el plano ilocutivo, este acto legislativo significó un valioso reconocimiento a la existencia de grupos cuya posición social los coloca en una posición de vulnerabilidad y desventaja, reconocimiento realizado mediante el recurso en su artículo 2º a la técnica jurídica de las “categorías sospechosas”.¹ Este simbolismo se acrecienta con la identificación de dicha ley con el “título ciudadano” de *Ley Zamudio*² en memoria de Daniel Zamudio Vera, joven gay asesinado durante la tramitación del proyecto en cuestión.³

Para la dogmática constitucional la aprobación de dicha ley resulta más significativa aún, pues nos permite alimentar la expectativa de que la jurisprudencia antidiscriminación inaugure una nueva etapa en materia del concepto constitucional de igualdad y no discriminación arbitraria. Ya era hora; en las últimas décadas, la doctrina constitucional chilena en estos temas ha debido sortear sus

¹ El artículo 17 de la Ley Antidiscriminación incorporó también dichas “categorías sospechosas” a nuestro Código Penal, en la forma de una nueva agravante consistente en cometer un delito motivado por las circunstancias identitarias de la víctima allí señaladas. Nuestro sistema jurídico ya contemplaba la existencia de “categorías sospechosas” en los artículos 2º N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2º inciso 4º del Código del Trabajo, y 17 inciso 3º del Estatuto Administrativo. Asimismo había prohibiciones a la realización de actos discriminatorios no sólo en nuestra Constitución sino también en el artículo 3º de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, prohibiciones a las que la Ley Antidiscriminación agregó menciones en el artículo 84 del Estatuto Administrativo y el artículo 82 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. En su conjunto, todas estas disposiciones configuran una zona de nuestro sistema jurídico que cabría denominar como “derecho antidiscriminación”, cuyo fundamento último son los artículos 1º y 19 N° 2 de la Constitución y cuyo eje es la Ley Antidiscriminación.

² Véase <http://www.leychile.cl> (revisado el 24 de diciembre de 2012).

³ En la misma línea, véase COUSO (2012).

propios Escila y Caribdis, los peligrosos escollos de la irrelevancia conceptual y de la insignificancia práctica.⁴ No podía ser de otra forma, si la comprensión más generalizada de la igualdad ha consistido en afirmar que ella exige tratar de manera igual a los iguales,⁵ y la definición más popular de discriminación arbitraria se ha limitado a señalar que ella consiste en un actuar caprichoso y no gobernado por la razón.⁶

Lo anterior permite sugerir que la Ley Antidiscriminación tiene un gran potencial en cuanto a perfilar con mayor nitidez el sistema de valores contenidos en los artículos 1º y 19 Nº 2 de nuestro texto constitucional, leyendo dichas disposiciones a la luz de la ley en cuestión. Tal síntesis interpretativa nos permite identificar tres principios estructurantes del derecho antidiscriminación chileno: un principio *epistémico*, consistente en el reconocimiento de la existencia de una estructura social organizada en grupos, entre los cuales se encuentran los diversos grupos vulnerables y desaventajados existentes en nuestra sociedad y que se constituyen como tales en razón de los criterios identificados por el legislador antidiscriminación;⁷ un principio *igualitario*, consistente en la calificación de

⁴ Para un análisis sobre el estado de la cuestión en esta materia, véase CORREA (2011).

⁵ Esta línea jurisprudencial se inicia en la sentencia recaída en la Causa Rol Nº 28-1985, en el voto disidente del Ministro Eugenio Valenzuela, quien cita al tratado de Segundo Linares Quintana en respaldo de la siguiente afirmación: “De esta manera, la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”. Este razonamiento, tautológico y por ello correcto pero irrelevante, es incapaz de dar cuenta de la lógica del derecho antidiscriminación, que requiere de una investigación sobre los fines del legislador en relación con las jerarquías sociales y los valores culturales efectivamente existentes en un determinado momento.

⁶ Así, en una definición muy citada, la Corte Suprema ha dicho que el acto arbitrario “es aquel contrario a la justicia, la razón o las leyes, producto de la sola voluntad o capricho del que lo comete. En otros términos, el acto arbitrario importa un actuar irracional o caprichoso, esto es, con voluntad no gobernado por la razón”. REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS (1992), p. 9. Esta definición no es capaz de comprender que en los casos de discriminación la justicia, la razón y las leyes suelen ir en direcciones distintas. Véase al respecto la discusión sobre la racionalidad del actuar discriminatorio *infra*.

⁷ *Constitución Política de la República*, artículo 1º, inciso 2º: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”; Constitución Política de la República, artículo 19 Nº 2: “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”; Ley Antidiscriminación, artículo 2º, inciso 1º: “en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

Para una discusión de las características de los grupos desaventajados, véase FISS (1976), pp. 147-156. Me he referido a la epistemología jurídica que rodea la identificación de grupos en “Las angustias de la teoría

dichos grupos como libres e iguales en dignidad y derechos y, en consecuencia, como titulares del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional;⁸ y un principio *interventor*, consistente en el deber estatal de contribuir a crear un conjunto de condiciones sociales tales que permitan a los grupos desventajados o vulnerables su mayor realización espiritual y material posible, mediante la elaboración e implementación de políticas o *acciones positivas* que promuevan su integración armónica y aseguren su participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional.⁹ La primera sentencia dictada en un proceso tramitado en conformidad a dicha ley, en consecuencia, permite avizorar hasta qué punto ella será capaz de incidir en nuestras prácticas y en nuestra mentalidad con el fin de hacer realidad aquellos valores.

Antes de pasar al estudio en concreto de los hechos de la causa y de la sentencia que la resuelve, cabe hacer una observación sobre el contexto del caso. Es revelador que el primer juicio por discriminación se haya suscitado en el contexto de un motel de parejas; un espacio que, *precisamente* por estar ubicado en el ámbito de lo privado en términos de la dicotomía liberal público/privado, delata, a través de sus exclusiones, los contornos de lo socialmente tenido por adecuado y lo tenido por inadecuado. En este caso, refleja la existencia de prejuicios homofóbicos en ciertos sectores de la sociedad.

Hablo de prejuicios homofóbicos ya que la conducta discriminatoria aquí denunciada revela la orientación sexual de quienes asisten al motel *en la medida*

constitucional”, ponencia presentada en las *V Jornadas Chileno-Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, realizadas en Mendoza entre el 18 al 20 de octubre de 2012 (inédita).

⁸ *Constitución Política de la República*, artículo 1º, inciso 1º: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; *Constitución Política de la República*, artículo 19 Nº 2: “La igualdad ante la ley... En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”.

⁹ *Constitución Política de la República*, artículo 1º, incisos 3º y 4º: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. Es deber del Estado... promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”; *Constitución Política de la República*, artículo 19 Nº 2: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”; Ley Antidiscriminación, artículo 1º, inciso 2º: “Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

en que tales personas no se conformen al paradigma heterosexual.¹⁰ Es decir, priva de un *algo a algunos* en función de su orientación sexual. Así, si bien el motel ofrece opacidad –léase intimidad y privacidad– al acto sexual de sus huéspedes,¹¹ permitiéndoles reconciliar su deseo sexual con la asepsia sexual que caracteriza cotidianamente a nuestros espacios públicos,¹² en el caso de las parejas homosexuales la expulsión del motel fija de manera indudable y pública la identidad sexual de los sujetos que conforman la pareja expulsada, sexualizando perpetuamente su presencia en el espacio público y denegándoles los beneficios de la opacidad.

Esto nos remite a la antigua observación de la teoría feminista, recogida por la teoría crítica de raza y la teoría *queer*, que identifica como una constante en la tradición occidental moderna la “alterización” –la identificación de un “otro” que es tal respecto del sujeto que ocupa una posición hegemónica en el contexto en cuestión– a través de su corporalización y eventual somatización. Mientras que el sujeto hegemónico occidental es pura razón cartesiana, y por

¹⁰ En virtud del poder normativo, socialmente hablando, que detenta la heterosexualidad es que se habla de la *heteronormatividad*. Esa es una de las muchas coordenadas que estructuran la mentalidad subordinante y dominadora que justifica la dictación de la Ley Antidiscriminación.

¹¹ Piénsese en el siguiente extracto de la sentencia, que describe las razones por las que las actoras en el juicio comentado acudieron al establecimiento en cuestión: “Optaron por el establecimiento Motel Marín 014, cuya página web www.hotelmarin.cl, ofrece distintas tarifas, habitaciones y servicios, *prometiendo discreción, grato ambiente, atención esmerada, buena música, etc.*” (Considerando 1º, énfasis agregado).

¹² Nuestra cultura tiene un tabú contra el desnudo y las actividades sexuales en el espacio público, tabú del cual son reflejo nuestras leyes. En su artículo 373 nuestro Código Penal tipifica como ultraje público al pudor y a las buenas costumbres aquellos “hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código”. Un proyecto de ley presentado el 13 de diciembre de 2007 que derogaba este artículo, contenido en el Boletín Nº 5565-07, fue archivado tras haber sido rechazado por mayoría simple, en primer trámite constitucional, en la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

Como observación sociocultural, habría que indicar que en el presente nuestra sociedad permite la sexualización de los espectáculos transmitidos por los medios de comunicación, pero no acepta la sexualización de los espacios compartidos o públicos. Véase, por ejemplo, el reportaje del programa “Bienvenidos” de Canal 13, difundido el 1 de junio de 2012, “Vecinos denuncian a joven que tiene sexo con las ventanas abiertas, en <http://www.13.cl/programa/bienvenidos/lo-que-tienes-que-saber/vecinos-denuncian-joven-que-tiene-sexo-con-las-ventanas> (revisado el 24 de diciembre de 2012), un reportaje de 39 minutos de duración y que incluye una llamada a Carabineros por parte del equipo de producción, la convocatoria a los vecinos a solucionar el problema y el ofrecimiento de mediación jurídica a las partes. Véase también “Osorno: Pareja sería multada por hacer el amor en la calle”, en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2003/09/16/123343/osorno-pareja-seria-multada-por-hacer-el-amor-en-la-calle.html> (revisado el 24 de diciembre de 2012), “Artistas fueron detenidos por realizar desnudos en plaza de Rancagua”, <http://www.emol.com/noticias/magazine/2001/03/25/50125/artistas-fueron-detenidos-por-realizar-desnudos-en-plaza-de-rancagua.html> (revisado el 24 de diciembre de 2012).

lo tanto es genuinamente libre y puede asumir el rol demiúrgico de constituir por sí mismo “la norma” y “lo normal”, el “otro” en cambio está marcado por su diferencia, que lo define y lo aparta de lo normal. Tal diferencia encuentra su correlato en su corporalidad, sea ésta femineidad, negritud, sexualidad desviada, enfermedad evidente, misería, entre muchas otras formas de alteridad. Así, el “otro” es física y moralmente débil, inferior, perverso, corrupto, miserable, abyecto. Jurídicamente, esto tiene diversas consecuencias: puede que el “otro” sea civilmente incapaz, que carezca de derechos políticos, o bien que esté impedido de acceder a instituciones tales como el matrimonio.¹³ Al “otro” su diferencia lo determina, lo limita, lo circumscribe; le impide acceder a la razón ordenadora y por lo tanto gobernante. Todo ello justifica, desde la perspectiva hegemónica, su propia marginalidad y, en última instancia, su desventaja y su vulnerabilidad, las que ni siquiera llegan a ser percibidas como tales por el sujeto hegemónico. No es libre, ni normal, ni “medida de todas las cosas” porque no puede; porque no está en condiciones.¹⁴

El motel como espacio de exclusión revela la particular corporalidad jerarquizante que experimenta la homosexualidad en el imaginario colectivo chileno, y que encuentra su correlato en las contradicciones del artículo 365 del Código Penal.¹⁵ Para tal imaginario, la cópula no heterosexual pareciera existir en una gradiente marcada por diversos grados de rechazo y, por lo tanto, de pérdida de la intimidad.¹⁶ En esta gradiente la relación heterosexual encuentra el máximo grado de aceptación y por lo mismo puede gozar del máximo de intimidad, mientras que las relaciones no heterosexuales se ubican en grados crecientes de rechazo según se trate de relaciones entre mujeres –en cuyo caso las involucradas habrán de buscar refugio en recintos “separados pero iguales”–, entre hombres –caso en el cual el artículo 365 del Código Penal pone a dichos sujetos en la posición de posibles

¹³ Respecto a las justificaciones biológica y psicosocial de la heterosexualidad del matrimonio, véase MUÑOZ (2013a).

¹⁴ Para una introducción desde el feminismo a la discusión sobre la alteridad y sus consecuencias jurídico-políticas, véase ZÚÑIGA (2006) y (2009).

¹⁵ El actual artículo 365 del Código Penal mantiene la misma incoherencia básica del antiguo artículo 365 que, tipificando la “sodomía”, castigaba la conducta homosexual masculina y dejaba impune la conducta homosexual femenina. El artículo 365 recibió su actual redacción mediante la Ley N° 19.617, publicada el 12 de julio de 1999.

¹⁶ Dicha gradiente se vuelve más compleja cuando se incorpora la presencia de menores adultos; involucramiento que, debido al reemplazo del “homosexual” por el “pedófilo” como paradigma de sexualidad monstruosa, permite dar sustento discursivo al actual artículo 365 del Código Penal. Véase BASCUÑÁN (2011).

delincuentes¹⁷– o, peor aún, si uno de los participantes es transgénero, caso en el cual al rechazo social máximo van asociados niveles alarmantes de publicidad –la calle como lugar paradigmático de la realización del acto sexual, ni más ni menos– y vulnerabilidad.¹⁸

En ese sentido, la mayor virtud de la sentencia en comento consiste en rechazar las distinciones contenidas en dicha jerarquía, incluso en su fórmula más aceptable y razonable de “separados pero iguales”. En ello radica el valor performativo de esta sentencia: en rechazar aquella norma social implícita que dice que cada quien puede hacer lo que quiera, *pero en su lugar*, so pena de ser expulsado. El paralelo en ese sentido entre la sentencia del Tercer Juzgado de Letras de Santiago y la sentencia *Brown v. Board of Education*¹⁹ es, a lo menos, esperanzador.²⁰

2. LOS HECHOS DE LA CAUSA

El 27 de julio de 2012 la pareja compuesta por Pamela Zapata y Carla de la Fuente concurrió al Motel Marín 014, conocido establecimiento del rubro, a “pasar una velada romántica”.²¹ Al llegar a dicho recinto “ingresaron al acceso principal y se acercaron a la ventanilla de recepción” y, al entrar, “vieron a otra pareja, heterosexual, que era derivada por un pasillo, indudablemente hacia alguna

¹⁷ Y, antes, de delincuentes indubitosos.

¹⁸ Al momento de escribir estas líneas una transexual que ejercía el comercio sexual en una calle de la comuna de Providencia había sido baleada y permanecía en riesgo vital. El Movimiento de Inclusión y Liberación Homosexual observó con ocasión de este hecho que “las mujeres transexuales se han visto históricamente obligadas a ejercer el comercio sexual por falta de oportunidades, en ambientes hostiles y peligrosos que ponen en riesgo su vida”. Véase <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2012/12/680-500023-9-transexual-baleada-en-providencia-permanece-en-riesgo-vital.shtml> (revisado el 24 de diciembre de 2012).

¹⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

²⁰ O quizás no. La jurisprudencia norteamericana en materia de acción afirmativa, política emanada como una respuesta a la discriminación racial y de género, está plagada por una tensión entre el *principio antisubordinación*, entendido como el principio que condena la existencia de relaciones de desigualdad en la sociedad, y el *principio anticlasificación*, que condena el uso de categorías raciales, de género u otras similares en la elaboración de políticas públicas. Si para la primera la discriminación positiva es valiosa porque contribuye a reducir la desigualdad social, para la segunda ella es inconstitucional pues hace uso de una estrategia epistemológica jurídicamente inaceptable. Esta tensión aflora desde temprano, en el caso *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), y al momento de escribir estas líneas amenaza con herir de muerte a la discriminación positiva en el caso *Fisher v. University of Texas*, pronto a ser resuelto. Para un análisis de las tensiones entre antisubordinación y anticlasificación véase SIEGEL (2004).

²¹ Considerando 1º.

habitación”.²² Sin embargo, “cuando son atendidas por la persona de recepción, ésta las conduce a otro despacho aledaño y luego les solicita esperar tras una cortina en el pasillo principal”, “diferencia de trato respecto a la pareja heterosexual ya indicada anteriormente”²³ que les causó extrañeza.

A continuación, “estando paradas en el pasillo, se les acercó un guardia de seguridad, quien les indicó que ya no quedaban habitaciones”, lo que suscitó que la misma pareja heterosexual antes mencionada, “y que aún no ingresaba a la habitación, escuchó esta observación, y sorprendida le comentaron que para ellos sí hubo habitación disponible”.²⁴ En ese momento, indica la sentencia, “ingresó al local una segunda pareja heterosexual preguntando por habitaciones para pasar un instante romántico, y a ellos la recepcionista les señaló que sí había habitaciones y el personal del motel se dispuso a conducirlos a ella”, lo cual causó extrañeza en la primera pareja, que aún seguía en el pasillo, y que “indicó a la recepcionista que las actoras estaban esperando con anterioridad y que por ende era su turno y no el de la pareja que acababa de entrar para hospedarse en una habitación”.²⁵ Prosigue así la sentencia:

Hacen presente que le pidieron al guardia de seguridad indicara el motivo por el cual no había habitaciones disponibles para ellas y la respuesta que el guardia les entregó fue “por políticas de la empresa no pueden ingresar por ser ustedes”, a lo que una de ellas, Pamela, inquirió directamente: “¿es porque somos lesbianas?”, limitándose el guardia a repetir que la prohibición “era por ser ustedes”, sin profundizar más... [I]ndignadas con lo que a todas luces era una discriminación arbitraria y sin sentido, pidieron hablar con el encargado del local y acceder al libro de reclamos; las dos cosas les fueron negadas, junto con una invitación a dejar el motel, *con indicaciones de un lugar donde sí dejaban entrar gente como ellas*.²⁶

La sentencia indica también un detalle que sería de gran importancia posteriormente: la pareja heterosexual que hizo ingreso al motel inmediatamente antes que Zapata y de la Fuente, compuesta por Lorena Monsalve y Álvaro Canobra, no sólo escuchó toda la conversación sostenida por Zapata y de la Fuente con el personal del motel, sino que consideró “inadecuada la reacción de las personas del

²² Considerando 1º.

²³ Considerando 1º.

²⁴ Considerando 1º.

²⁵ Considerando 1º.

²⁶ Considerando 1º. Énfasis agregado.

Motel y sus políticas” y, en vista de ello, “decidieron irse y buscar otro Motel”.²⁷ Así, al salir, “se encontraron con las demandantes, estaban mal, les preguntaron si necesitaban algo a lo que les respondieron que no, que había sido un mal rato básicamente, pero de todos modos les dejaron sus datos”.²⁸ Todo indica, como comentaré más adelante, que esta coincidencia fue decisiva a efectos de la prueba rendida en autos y, en consecuencia, en el resultado del juicio mismo.

Respecto de la respuesta de la Sociedad Comercial Marín Limitada consignada en la sentencia, cabe destacar su afirmación en orden a que “el Hotel se ha esmerado en acondicionar sus instalaciones y servicios para atender de la mejor manera a sus clientes, tanto en la ambientación, diseño, música, muebles y otros *detalles pensados y orientados hacia el público heterosexual*, lo cual es lícito y amparado por el artículo 2º inciso final de la Ley N° 20.609 y por el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República que son normas que amparan el derecho de su representada para desarrollar libremente cualquiera actividad económica”.²⁹ Aquí pareciera estar contenida una reivindicación de la conducta cuestionada sobre la base de argumentos constitucionales, una veta que cabría esperar sea mucho más explorada en futuros casos.³⁰

La reacción de Marín Limitada fue, sin embargo, errática; junto a defender su derecho a especializar su servicio de moteles hacia el público heterosexual, la defensa afirmó también que “la administración de su representada, permite el ingreso a parejas del mismo sexo” y que “la administración del Hotel Marín 014 jamás ha dado una orden o impartido una instrucción que prohíba el ingreso a parejas del mismo sexo”.³¹ La credibilidad de esta última afirmación, sin embargo, fue socavada por declaraciones de Roberto Mandujano, socio de Marín Limitada y funcionario del motel, quien señaló a la prensa que “tenemos acá un cartel –por política de la empresa– que tenemos otro hotel en la calle Cuevas 715 que se destina para eso (parejas homosexuales)”, expresando que “[h]ay hoteles específicamente para eso” y agregando que “hay pasajeros habituales nuestros que

²⁷ Considerando 4º.

²⁸ Considerando 4º.

²⁹ Considerando 2º. Énfasis agregado.

³⁰ Así lo sugiere la discusión parlamentaria de la ley, que presenció la asistencia de variados representantes de centros de estudios e instituciones académicas ligadas a organizaciones de carácter religioso que plantearon su preocupación por la situación de la libertad religiosa y la libertad económica ante la Ley Antidiscriminación.

³¹ Considerando 2º.

se han molestado porque han visto entrar a dos señores o dos señoritas” por lo que “los enviamos a otro hotel, incluso lo habilitamos para eso”.³² Asimismo, le señaló a otro medio que no discriminaron a las denunciantes, sino que “sólo les propusimos ir a otro lugar”.³³ Es también altamente plausible que la confusa y contradictoria defensa de Marín Limitada haya también determinado el resultado de este caso.

3. LA SENTENCIA

La decisión: separados no es iguales

Como ya he señalado, me parece que en lo medular el valor performativo de esta sentencia consiste en articular un rotundo rechazo a la segregación; esto es, a la idea de que es razonable que los establecimientos –en este caso, privados, pero lógicamente también públicos– diferencien a su público en razón de “motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad” de los destinatarios del establecimiento en cuestión; sean éstos clientes, usuarios, pacientes, trabajadores, afiliados, consumidores, entre otros posibles roles.

Esto no significa que la Ley Antidiscriminación prohíba *toda* diferenciación. Del discurso del Presidente de la República al momento de promulgar la Ley Antidiscriminación, recogido por la sentencia aquí comentada, podemos deducir qué tipo de diferenciación está prohibida a la luz de este cuerpo legal: aquella animada por la “intolerancia”, el “odio” y los “prejuicios”.³⁴ La conducta discriminatoria es aquella “distinción, exclusión o restricción” que causa “privación, perturbación o amenaza” en el ejercicio de sus derechos a aquellos grupos identificados colectivamente por las diversas categorías sospechosas del artículo 2º de la Ley. En consecuencia, para efectos de la Ley Antidiscriminación, y tal como lo evidencia esta sentencia, la diferenciación prohibida es aquella que se efectúa *en perjuicio de un grupo socialmente victimizado*.

³² Considerando 14º.

³³ Considerando 14º. Énfasis agregado.

³⁴ Considerando 11º.

Así, la Ley Antidiscriminación prohíbe crear o perpetuar diferenciaciones fácticas o jurídicas que sitúen a ciertos grupos en un estado de desventaja o vulnerabilidad en razón de su raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación, apariencia personal y enfermedad o discapacidad. Ello incluye, tal como ocurre en este caso, el ofrecimiento de servicios comerciales diferenciados según la orientación sexual de los consumidores, debido a que esta diferenciación, tal y como correctamente lo percibió el tribunal en este caso, está sustentada en prejuicios y odiosidades que la diferenciación misma contribuye a validar y perpetuar y que se ha buscado “evitar y erradicar de nuestra sociedad con la dictación de la presente ley”.³⁵

Y si pesa esta prohibición de discriminar sobre establecimientos e instituciones, ¿significa esto que también es destinatario de la misma el legislador? Así lo indica, en efecto, la Constitución al decir que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias; precepto que por añadidura, y como se ha ya señalado, hoy debe ser leído a la luz de la Ley Antidiscriminación y sus “categorías sospechosas”. Ahora bien, sabido es que la Ley Antidiscriminación, a fin de calmar los temores de ciertos sectores, incorporó dos disposiciones que parecieran estar destinadas a congelar el ordenamiento jurídico al estado en que se encontraba antes de la entrada en vigencia de la ley en cuestión.³⁶ El subtexto de ellas no es otro que la discusión paralela sobre la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil;³⁷ es decir, la discusión entre una concepción heterosexual y una concepción igualitaria del matrimonio. Obviemos por un segundo el hecho que, en sí mismas, estas disposiciones sean en parte redundantes (la Ley Antidiscriminación, como toda ley, no puede ser empleada como un subterfugio para el incumplimiento del ordenamiento jurídico) y en parte ineficaces (la Ley Antidiscriminación, como toda ley posterior, deroga aquellos preceptos legales anteriores que sean incompatibles con ella y requiere de

³⁵ Considerando 19º.

³⁶ Artículo 2º, inciso 2º: “Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público”; artículo 18: “Los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes”.

³⁷ Para un análisis de la discusión pública, legislativa y en sede judicial de esta materia véase MUÑOZ (2011).

su síntesis con las normas preexistentes que sigan siendo válidas).³⁸ El punto central es que la decisión contenida en la sentencia aquí comentada constituye valiosos recursos conceptuales para la crítica del artículo 102 del Código Civil y del artículo 365 del Código Penal, que instalan una segregación jurídica en perjuicio de ciertos individuos en razón de su orientación sexual. Estos artículos sólo “causan extrañeza”³⁹ una vez sometidos a un análisis de su consistencia interna (jurídica) y de su impacto externo (social). Tal como “el permitir el acceso (a un establecimiento) sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad”,⁴⁰ sino que tan sólo encuentra sustento en “las conductas que se busca evitar y erradicar de nuestra sociedad con la dictación de la presente ley”,⁴¹ así también la exclusión del matrimonio de parejas adultas dispuestas a unirse solemnemente con el fin de vivir juntos y de auxiliarse mutuamente,⁴² o la punición de las relaciones sexuales consentidas y no abusivas entre un menor adulto y un adulto cuando ambos individuos son de sexo masculino⁴³ equivalen a una “distinción, exclusión o restricción” que se fundan en concepciones victimizantes de la “orientación sexual”. En otras palabras, en prejuicios discriminatorios, que actúan perpetuamente en perjuicio de dicho colectivo. Estos casos, desde luego, son más graves que el discutido en autos; aquí no estamos frente a un establecimiento comercial y privado sino frente a declaraciones de la voluntad soberana, actos esencialmente públicos, que se dirigen contra un grupo desventajado, una “minoría reconocible y marginal” (*insular and discrete minority*).⁴⁴

³⁸ Articular estos aspectos requiere de una reconstrucción sistemática del ordenamiento jurídico, labor que realizan todos los usuarios del sistema jurídico; tanto aquellos investidos de potestad vinculante –los tribunales– como aquellos que sólo pueden reposar en su capacidad de persuadir a otros –los ciudadanos, y particularmente los juristas–. Para una crítica a la “respuesta simple”, que pretende que los propios textos jurídicos pueden resolver nuestras dudas sobre la interpretación y síntesis de los variados mandatos jurídicos que integran el ordenamiento, véase MUÑOZ (2013b).

³⁹ Considerando 16º.

⁴⁰ Considerando 19º.

⁴¹ Considerando 19º.

⁴² Véase mi discusión sobre la transformación jurídica de los fines del matrimonio contemplados en el artículo 102 del Código Civil, así como sobre la aptitud biológica y psicosocial de las parejas del mismo sexo para criar y procrear, en MUÑOZ (2013a).

⁴³ Véase BASCUÑÁN (2011).

⁴⁴ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

Asuntos procesales de interés

El primer asunto que comentaré aquí está relacionado con el llamado a conciliación previsto por la Ley en su artículo 9º, inciso 2º. Cabe señalar al respecto, en una primera lectura, que este caso no logró mostrarnos la potencialidad de la Ley Antidiscriminación en esta materia. Esto, pues dicho llamado fue celebrado sin éxito durante la audiencia del 11 de octubre de 2012; a mayor abundamiento, de la lectura del expediente es poco lo que se puede comprender sobre las contricciones y limitantes que hicieron imposible la conciliación.⁴⁵ Ahora bien, en una segunda lectura, cabe preguntarse si no habrá representado este infructuoso llamado a conciliación un aviso de lo que sucederá en la generalidad de los casos. ¿Serán eficaces los llamados a conciliación en futuros procesos seguidos en conformidad a la Ley Antidiscriminación? ¿Será que el tipo de hechos denunciados en este contexto, en el cual habitualmente se ha herido la autoestima y el sentido de sí de una parte débil que ha resuelto buscar reivindicación moral a través del proceso judicial, se presta poco a ser resuelto amigablemente por las partes? De ser así, ¿existe espacio dentro de esta estructura emocional y simbólicamente antagónica para avenimientos consistentes en la realización de actos públicos de desagravio, a la manera de lo ocurrido en el caso *Atala*? Será necesario tener presente estas preguntas durante el desenvolvimiento de futuros casos.

Sin perjuicio de lo que ocurra, es conveniente de todas maneras tomar en cuenta las prevenciones de Fiss hacia la resolución extrajudicial de este tipo de conflictos. Criticando el fervor por la “resolución alternativa de disputas” de mediados de los 80 en Estados Unidos, Fiss nota que un problema estructural de la resolución alternativa de disputas es que una desigual “distribución de recursos, o la capacidad de una de las partes de desplazar sus costos, distorsionará inevitablemente el proceso de negociación, y el avenimiento estará en las antípodas de una concepción de la justicia que busca hacer irrelevante la riqueza de las partes”.⁴⁶ Incluso más, la comprensión sustantiva de los fines del proceso judicial que Fiss propone es particularmente relevante para efectos del derecho antidiscriminación. Sostiene dicho autor que el trabajo de los jueces, en cuanto funcionarios públicos, “no es el maximizar los fines de las partes privadas, ni simplemente asegurar la paz, sino que explicar y dar fuerza a los valores encarnados en textos impregnados de autoridad

⁴⁵ Fojas 23: “CONCILIACIÓN: Llamadas las partes a conciliación, ésta no se produce”.

⁴⁶ FISS (1984), p. 1076. Los casos que Fiss cita para dar forma a su argumento sobre las “desigualdades de poder” que plagan a los acuerdos extrajudiciales muestran la pertinencia de esta discusión en los casos de antidiscriminación: “Muchas demandas no involucran una disputa”.

tales como la Constitución y las leyes interpretando dichos valores y adecuando la realidad a dichos valores. Este deber no se cumple cuando las partes se allanan”.⁴⁷ En el caso particular del derecho antidiscriminación, llamado a dotar de contenido al concepto constitucional de igualdad en relación a los grupos desaventajados y vulnerables de la sociedad, el carácter de “bien público” de las sentencias es incluso más claro, como lo intenta atestiguar este trabajo. Esta proposición, además, enlaza con la concepción deliberativa de la democracia, que justifica esta forma de gobierno en “su capacidad para transformar las preferencias y las inclinaciones de las personas, y de ese modo inserta el proceso democrático dentro del dominio de la moral”.⁴⁸ Es de esperar, en consecuencia, que la autocomposición no socave la “publicidad de los juicios”, como habría dicho Bello.⁴⁹

Un segundo asunto de interés suscitado en este caso ocurrió con ocasión de la dictación del auto de prueba durante la audiencia del 11 de octubre de 2012, tras haber fracasado el llamado a conciliación. En aquella oportunidad, el tribunal fijó como puntos de prueba los siguientes: “1) Efectividad de haber ocurrido los hechos discriminatorios denunciados; 2) Efectividad de mantener la demandada una política de discriminación basada en la orientación sexual”. La parte demandada repuso de esta resolución, suscitando el reemplazo del auto por un punto de prueba más descriptivo y neutro (“Efectividad y circunstancias en que habrían ocurrido los hechos denunciados”), en virtud de las siguientes consideraciones:

“Teniendo presente que la calificación de los hechos denunciados como discriminatorios corresponde al tribunal efectuarla, por lo que no resulta procedente incorporar tal apelativo en la redacción del primer punto de prueba fijado en la audiencia de fojas 23; y atendido que la circunstancia contemplada en el segundo punto de prueba no es sustancial ni pertinente a la acción deducida en autos, la cual debe fundarse en una acción u omisión que importe discriminación arbitraria, siendo indiferente que

⁴⁷ Fiss (1984), p. 1085. A mi juicio, esto no significa, sin embargo, que sea *el juez* específicamente quien determine dichos valores, sino que es hecho *a través del procedimiento judicial* y con la participación e influencia directa de las partes e indirecta de los participantes de la discusión pública. Véase la discusión sobre este asunto *infra*.

⁴⁸ NINO (1997), p. 102.

⁴⁹ BELLO (1885), p. 5: “La publicidad de los juicios, bajo cualquier aspecto que se mire, es, de todas las instituciones políticas, la mas fecunda de buenos efectos... Ella ejerce al mismo tiempo una censura vijilante sobre las costumbres, i graba profundamente en los ánimos los principios de rectitud i honor. Ella es uno de los mejores medios de instruir a la nacion en las reglas que la gobiernan, i de dar a conocer prácticamente su aplicación i su tendencia, los efujios con que se logra a veces evadirlas, i los defectos o vicios de que adolecen”.

dicha acción u omisión forme parte de una política de discriminación de la parte demandada; razones por las que se acoge la reposición”.⁵⁰

La primera parte de la argumentación, en orden a que la calificación del acto como discriminatorio –y, en consecuencia, como antijurídico– debe ser realizada por el tribunal en la sentencia y, por lo tanto, no constituye un punto de prueba, me parece correcta. En cambio, la segunda parte, según la cual sería “indiferente” que la acción u omisión denunciada en un juicio de antidiscriminación “forme parte de una política de discriminación de la parte demandada”, me parece absolutamente errónea *si lo que se quiere decir* es que para la Ley Antidiscriminación es irrelevante que existan patrones de conducta discriminatoria sostenidos en el tiempo y que conformen una “política”.

Por supuesto, si la conducta denunciada es un hecho aislado y único en el tiempo, tal hecho bastará para que se ponga en acción la maquinaria procesal contemplada en la Ley Antidiscriminación, debiendo concluir con una sentencia condenatoria. En ese sentido sí que es “indiferente” o, más bien, jurídicamente irrelevante que tal hecho hubiese sido cometido una sola vez, tan sólo esa vez. Ciertamente, y para ilustrar este punto mediante una analogía, uno no debe hacer del sacrificio humano una práctica habitual o “política” para ser condenado por homicidio: basta con haberlo cometido en una única ocasión.

Sin embargo, si el acto discriminatorio efectivamente forma parte de una “política de discriminación”, esto sí que es relevante para efectos del juicio de reproche contenido en la sentencia condenatoria, por dos razones.

En primer lugar, porque dicha sentencia “dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido”. Pero si el acto discriminatorio forma parte de una práctica, política o patrón de conducta el tribunal deberá, a efectos de darle consistencia interna a la Ley, ordenar también que dicha práctica, política o patrón de conducta sea interrumpido y que el sujeto condenado enmiende su actuar. Esto se debe a que la Ley no sólo considera como discriminatoria la “privación” y la “perturbación” sino también la “amenaza”, y ¿qué es más amenazante para el sujeto discriminado que saber de la existencia de una práctica, política o patrón de conducta discriminatoria? Es por esto que, al lidiar con juicios sobre discriminación, los tribunales deben comprender que su labor no termina con la sentencia, sino que deberán involucrarse activamente en la transformación de las prácticas de las instituciones públicas

⁵⁰ Fojas 32.

y establecimientos privados denunciados mediante esta acción.⁵¹ Así las cosas, no es “indiferente” que la conducta denunciada “forme parte de una política de discriminación de la parte demandada”; por el contrario, es particularmente relevante, ya que es un dato que determina el contexto de aplicación de la Ley Antidiscriminación y que, por lo tanto, debe ser tomado en cuenta al momento de evaluar las medidas que se tomarán en su nombre. Por esto, y tomando en consideración la naturaleza de la discriminación como práctica social, los tribunales debieran en general incorporar como punto de prueba un ítem de las siguientes características: “Efectividad de formar parte los hechos denunciados de un patrón de conducta, política o práctica sostenida en el tiempo”.

En segundo lugar, también es relevante saber si los “hechos discriminatorios denunciados” forman parte de “una política de discriminación” para efectos de determinar la gravedad de la conducta denunciada y, en consecuencia, determinar la cantidad de la multa a beneficio fiscal del artículo 12 de la Ley, la cual puede ir de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales. En la sentencia comentada la multa aplicada ascendió al máximo;⁵² cosa que, a la luz de este argumento, parece razonable dado que, de las declaraciones de los propios funcionarios del motel, se desprende que efectivamente existía una “política de discriminación”. Ahora bien, los tribunales harían bien en explicitar esta consideración, está vinculada a la gravedad del “daño causado”,⁵³ a fin de hacer más diáfana la racionalidad de su decisión para las partes y el público.

Un tercer asunto de interés dice relación con la valoración de la prueba en juicios de antidiscriminación. La Ley Antidiscriminación expresa en su artículo 10 que la prueba rendida en autos, que podrá corresponder a “todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe”, habrá de ser apreciada por el tribunal “conforme a las reglas de la sana crítica”. Si bien la Ley Antidiscriminación no explicita qué entiende por tal concepto, dicha definición puede ser encontrada en otras áreas del ordenamiento legal; más específicamente, en los artículos 456 del Código del Trabajo y 297 del Código Procesal Penal. Así, la sana crítica exige la identificación

⁵¹ Véase la discusión sobre la ‘civil rights injunction’ en FISS (1993).

⁵² A ello se sumaron las costas del juicio, casi podríamos decir que a falta de la compensación económica que naturalmente debiera haber contemplado la Ley Antidiscriminación. Véase, sin embargo, mi planteamiento sobre la procedencia de la compensación en virtud de las reglas generales de responsabilidad civil *infra*.

⁵³ Código Penal, artículo 494, inciso final. Empleo este término por analogía; no entrará aquí en la discusión teórica sobre si la Ley Antidiscriminación establece una falta penal o crea una figura especialísima y autónoma, aunque como se desprende de la nota 1 de este texto me inclino por la segunda opción.

por parte del tribunal de “las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia” en virtud de las cuales asigne valor a los instrumentos probatorios o los desestime, tomando en especial consideración “la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice”.

Como ya había adelantado, la prueba decisiva en este caso fue la testimonial, rendida por ambas partes en la forma de dos testigos. ¿Cómo se valoró dicha testimonial en este caso? Escribió la jueza a cargo que el testimonio de Lorena Monsalve y Álvaro Canobra, testigos presenciales del hecho aportados por la demandante, “merece más fe a juicio de esta sentenciadora, que la testimonial rendida por la demandada”, consistente en las declaraciones de Héctor Silva y Fernando Peris, por cuanto esta última se basó “en el testimonio de una persona que detenta el cargo de guardia de seguridad del motel aludido por las demandantes y sus testigos, quien niega la forma de ocurrencia de los hechos, reproduciendo lo expresado en el informe de la demandada agregado a fojas 14 y siguientes”.⁵⁴ Por añadidura, las declaraciones de Monsalve y Canobra eran consistentes con las declaraciones ofrecidas a la prensa por Rosendo Mandujano, funcionario del Motel Marín 014, en cuanto a que “por política de la empresa” se dispone de “otro hotel en la calle Cuevas 715 que se destina para eso”.⁵⁵

Ahora bien, ¿de qué manera influyó la regla de valoración de la prueba establecida en la Ley Antidiscriminación? Ciertamente, ella avala las conclusiones de la sentencia. Podríamos decir que la apreciación del tribunal en este caso se basó en razones experienciales que atribuyen a los testigos Monsalve y Canobra, que carecían de vínculo previo con las actoras, un menor interés en el resultado del juicio y, a consecuencia de ello, mayor imparcialidad. Asimismo, las declaraciones de dichos testigos gozaban de mayor concordancia y conexión con las declaraciones ofrecidas por Mandujano a la prensa, lo que las hacía también más veraces. Ahora bien, lo interesante es que todo esto hace que la conclusión del tribunal satisfaga también las reglas de la prueba tasada en materia de testigos, contenidas en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, según la cual en caso de ser contradictorias las declaraciones de los testigos de una parte con las de los testigos de la otra, el tribunal tendrá por cierto lo que declaren aquellos que “parezca que dicen la verdad” por ser “más imparciales y verídicos”. En efecto, las declaraciones de Monsalve y Canobra parecían más imparciales y verídicas.

⁵⁴ Considerando 15º.

⁵⁵ Considerando 14º.

Esta conformidad con las reglas de la prueba tasada hacen que, al menos en cuanto a valoración probatoria, el caso en comento no haya puesto a prueba (valga la redundancia) en toda su intensidad a la Ley Antidiscriminación. Ya llegarán casos en los cuales las víctimas de discriminación carezcan de pruebas testimoniales tan eficaces como la aquí rendida, contando sólo con la plausibilidad de sus propios relatos. Queda por ver, en consecuencia, si nuestros tribunales serán capaces de integrar en sus análisis probatorios los presupuestos socioculturales que permean todo caso de discriminación y cuya prueba requiere el diálogo con otras disciplinas, tales como la sociología o la psicología, a fin de verificar la veracidad de eventuales denuncias de actos discriminatorios.

¿Razonabilidad como adecuación?

Como señala acertadamente la sentencia, la calificación de lo que constituye arbitrariedad “queda entregada al juez de la causa”.⁵⁶ Esto no significa que tal calificación ha de ser casuística y discrecional. A fin de evitar tal resultado, es conveniente que la jurisprudencia de antidiscriminación sea capaz de elaborar criterios consistentes, idealmente en la fórmula de “tests, parámetros o estándares de control judicial” que permitan “un control más objetivo por parte de los jueces” mediante “una metodología de evaluación al momento de efectuar el control”.⁵⁷ La pregunta, en consecuencia, es la siguiente: ¿cuál será el estándar o criterio a emplear en los casos de antidiscriminación?

El concepto clave aquí –el concepto a definir, el concepto que deberá ser objeto de estándares y criterios judicialmente elaborados– es el de “justificación razonable”, contenido en el artículo 2º de la Ley Antidiscriminación. Esta es la cláusula de “textura abierta” de cuya determinación y contenido depende el futuro de la Ley; su extensión interpretativa y efectos concretos. Entonces, cabe preguntarse por el estándar o criterio que será empleado para revisar la legalidad –la conformidad con la Ley Antidiscriminación– de los actos denunciados mediante la acción antidiscriminación.

⁵⁶ Considerando 16º.

⁵⁷ GARCÍA (2011), p. 102. Según García, esta práctica potencia “decisiones basadas en razonamientos jurídicos más que el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental”, lo que a su vez “eleva notoriamente la fundamentación y calidad de las sentencias, elemento clave a la hora de exigir *accountability* a jueces que no gozan de legitimidad democrática directa” y “genera niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, ejecutivo y agencias administrativas, como también los ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados sus actos *ex ante*”.

Al respecto, pareciera ser que la sentencia propone como criterio la *idoneidad* de la diferenciación en cuestión respecto del ejercicio del derecho invocado. Así lo sugiere la cita que la sentencia hace de la historia fidedigna de la ley, en la forma del documento preparado por la Biblioteca del Congreso Nacional, en aquella parte donde se señala que la Ley Antidiscriminación no exige “la ilegalidad” explícita del acto denunciado a efectos de configurar el acto discriminatorio, sino que exige una “falta de fundamento o de proporcionalidad o de desviación de fin”, calificación “que le corresponde al juez construir caso a caso, conforme a la investigación que realice”.⁵⁸ Es más, la conclusión central de la sentencia aquí reseñada, la médula de la decisión allí contenida, consiste en la afirmación según la cual “el permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales [al motel en cuestión] no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad”.⁵⁹ En otras palabras, el estándar aparentemente propuesto por la sentencia en comento consiste en *la elaboración de un juicio de adecuación entre el acto denunciado como discriminatorio y el derecho constitucional invocado por el actor*.

La sentencia tiene toda la razón en eliminar la legalidad como un criterio suficiente de razonabilidad; demasiado a menudo, los tribunales han confundido la *legalidad* de una actuación con su *razonabilidad y no arbitrariedad*, incurriendo en aquel *positivismo ideológico* que en ocasiones uno se siente tentado a desechar como implausible ocurrencia de los teóricos. Según Bobbio, tal actitud ante el derecho “hace consistir la justicia en la ley por el solo hecho de ser ley, esto es, orden dada por el poder soberano y, por tanto, no tiene en cuenta su contenido al dar un juicio de valor”.⁶⁰ Compárese esta conceptualización con el razonamiento de la Corte Suprema en la acción de protección *Peralta Welzel y otros con Servicio de Registro Civil e Identificación*.⁶¹ Para la Corte, el recurso “se fundamenta en lo esencial en que si bien es cierto que la legislación dice que el matrimonio ha de ser entre un hombre y una mujer, dicha exigencia es contraria al mandato de no discriminación arbitraria”, pero observa la misma que “de lo expresado se colige que el propio recurrente acepta que hay un precepto legal –artículo 102 del Código Civil– que concretamente contempla la situación”, por lo que “no cabe duda de que para juzgar la legalidad de la conducta del funcionario recurrido esta Corte

⁵⁸ Considerando 16º.

⁵⁹ Considerando 19º.

⁶⁰ BOBBIO (1990), p. 54.

⁶¹ Causa Rol N° 6787-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago y N° 12635-2011 de la Corte Suprema.

debe dar aplicación a dicha ley vigente” y “concluir que no hay acto ilegal, puesto que el criterio adoptado por el funcionario se ajustó a lo dispuesto en el precepto mencionado y a lo prevenido en la Ley de Matrimonio Civil, nítidos en cuanto a su sentido y alcance, sin que exista alguna regla de hermenéutica legal que aplicada al caso pueda llevar a una conclusión distinta, esto es que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentre contemplado el matrimonio entre personas del mismo sexo”. Aquí, claramente la Corte no comprendió lo que la Constitución, su artículo 19 Nº 2 y la parte recurrente esperaban de ella: no un malabarismo jurídico para concluir que “en nuestro ordenamiento jurídico se encuentre contemplado el matrimonio entre personas del mismo sexo”, cosa que evidentemente no es así, sino que en un juicio normativo sobre si la inexistencia de una disposición que contemple tal cosa “es contraria al mandato de no discriminación arbitraria”. Tal ceguera es positivismo ideológico en su estado puro.

Ahora bien, ¿es la adecuación del acto discriminatorio un estándar suficiente para juzgar la razonabilidad de los actos denunciados en virtud de la Ley Antidiscriminación? A mi juicio, no lo es. La falta de adecuación o la falta de razonabilidad de las diferenciaciones realizadas puede ser considerada como un *indicio* de la existencia de una conducta discriminatoria, pero no deben ser considerados como la conducta discriminatoria en sí misma. Y aquí cabe preguntarse lo siguiente: ¿cómo elaborar un concepto jurídico apropiado de ‘conducta discriminatoria’? En mi opinión, tal concepto debe estar definido en función del mal social específico que intenta remediar la Ley Antidiscriminación.⁶² Pues bien, el mal social específico contra el cual se dirige dicho cuerpo legal es la existencia de conductas que lesionan a individuos pertenecientes a ciertos grupos desaventajados o vulnerables *en consideración a su pertenencia a tal grupo*, o si se prefiere, en consideración a su detención de alguna de las cualidades señaladas por el artículo 2º de la Ley Antidiscriminación. En consecuencia, un acto idóneo, proporcional o adecuado al ejercicio de los derechos mencionados en el artículo 2º de la Ley puede ser, al mismo tiempo, un acto discriminatorio a efectos de la propia Ley, y el tribunal debe en consecuencia censurarlo y sancionarlo.

Así llegamos también a una conclusión sobre el concepto de razonabilidad del mismo artículo: a la luz de esta reconstrucción interpretativa de los fines de la Ley Antidiscriminación, la razonabilidad se predica respecto de aquel acto que respeta

⁶² Para una discusión sobre el rol que la interpretación judicial debe jugar la consideración no de la intención subjetiva del legislador sino del “malestar de la república” (*the disease of the commonwealth*) o, en palabras más modernas, el “mal social” (*social mischief*) contra el cual ha sido adoptada la ley en cuestión, véase FULLER (1969), pp. 81-91.

a los sujetos individuales y colectivos identificados en el artículo 2º de la Ley. En consecuencia, será “justificación razonable” aquella que, invocando como fundamento el ejercicio de derechos constitucionales, no resulte en la estigmatización o el menoscabo de los sujetos individuales y colectivos que se vean afectados por la distinción, exclusión o restricción en cuestión; una evaluación que deberá tomar en consideración el contexto social relevante. A contrario sensu, la *irrazonabilidad* consiste en el reproche de antijuridicidad que la Ley dirige hacia quien incurre en una conducta discriminatoria.

En consecuencia, la inadecuación o inidoneidad de un acto no es necesaria para la calificación de un acto como discriminatorio; aunque quizás, en ciertos contextos, sí sea suficiente. Antes que fijarnos en ese elemento, importa atender a la concurrencia de dos elementos: un *elemento conductual* (una “distinción, exclusión o restricción” realizada por un sujeto agresor, el cual puede ser un agente del Estado o cualquier particular, que resulta en “privación, perturbación o amenaza” en el ejercicio de derechos fundamentales del sujeto víctima) y un *elemento antijurídico* (la carencia “de justificación razonable” de la conducta).

La transformación social como objetivo

Ya he dicho que no basta con identificar y sancionar actos individuales de discriminación; a efectos de cumplir con la Ley en sus propios términos, también es necesario vigilar la eventual reiteración de dichos actos en el tiempo, la existencia de una “política de discriminación” por parte de los infractores denunciados. Sin embargo, hay que cuidarse de quedarse simplemente en esta etapa, pensando en los sujetos discriminadores simplemente como unos “chicos malos” aislados de su entorno y carentes de contexto social. La razón por la cual la discriminación es un fenómeno tan difícil de contrarrestar es precisamente porque la realidad es totalmente la contraria; más a menudo los sujetos que incurren en actos de discriminación lo hacen porque de su entorno concluyen que victimizar a ciertos grupos es *fair game*, está socialmente aceptado. La comprensión de la discriminación, en consecuencia, debe nutrirse de la comprensión del fenómeno más amplio del odio colectivo; esto es, del odio hacia ciertos colectivos compartido por otros colectivos.⁶³

⁶³ Uno de los ámbitos donde esta comprensión del odio colectivo se ha cultivado es en el estudio del genocidio y sus usos políticos. Véase, por ejemplo, SEMELIN (2007), pp. 27-28: “La comunidad del ‘nosotros’ será construida a expensas del rechazo a un ‘otro’, percibido como un profundamente diferente ‘ellos’... Fenómeno social clásico, la identidad de un grupo es afirmada en oposición a la estigmatizada alteridad de otro grupo”.

Así, el juicio que deben efectuar los tribunales conociendo de la Ley Antidiscriminación debe partir de la comprensión de una regla fundamental del comportamiento humano: para los individuos, es instrumental o estratégicamente racional adecuar su conducta a los estándares socialmente existentes. Por ello, en una sociedad injusta lo racional es comportarse de manera injusta.⁶⁴ En otras palabras, individuos racionales insertos en estructuras sociales opresivas y excluyentes se verán en la necesidad, al intentar llevar a cabo de manera exitosa sus planes, de actuar de forma desigual y excluyente. Así, en una sociedad racista es racional para un comerciante no contratar para la atención a público a personas de la raza menospreciada por la mayoría; lo contrario, significaría tomar decisiones que impactarían negativamente en la actividad realizada, en este caso la actividad comercial. En línea con lo señalado en la sección anterior, para la Ley Antidiscriminación alguien que actúa de manera *estratégicamente racional* (por ejemplo, intentando maximizar su beneficio económico) puede actuar de manera *jurídicamente irrazonable*, ya que en dicho actuar racional perjudicó a un grupo desventajado.⁶⁵

Esto significa que los tribunales deben estar preparados para perseguir, en virtud de la Ley Antidiscriminación, diferenciaciones que parezcan adecuadas o idóneas a efectos de la realización del derecho invocado por la parte denunciada, pero que tras una *consideración reflexiva y contextualizada* escondan privaciones o perturbaciones en perjuicio de los grupos desventajados que hayan sido naturalizadas y legitimadas por la convención social y que, en consecuencia, no parezcan inadecuadas o inidóneas a la luz de las mismas convenciones sociales. De otra forma, la Ley Antidiscriminación se quedará en la mera sanción de

⁶⁴ Incluso puede ocurrir que el sujeto discriminador, abstraído del contexto de sus propias acciones, considere moralmente reprochable el propio acto que ha realizado, debido al fenómeno conocido como *disonancia cognitiva* y que permite reconciliar contradicciones morales o intelectuales mediante complejas explicaciones causales, justificaciones y negaciones.

⁶⁵ Ha sido precisamente la identificación entre racionalidad, legalidad y razonabilidad lo que ha transformado a la jurisprudencia constitucional sobre igualdad en irrelevante. Entendiendo que el actuar arbitrario es el comportamiento no gobernado por la razón, la jurisprudencia nacional ha restringido la utilidad de la acción de protección en materia de igualdad a casos simplemente injustificables tales como la prohibición de ingreso a un sauna a una mujer de nacionalidad coreana, la expulsión de una alumna embarazada de una universidad, o más recientemente la expulsión de alumnas de un establecimiento escolar municipalizado por ejercer su derecho a la protesta. Así, ella ha reducido su actuar a situaciones excepcionales, donde el carácter discriminatorio de la conducta en cuestión no es controvertido, limitando el impacto social de su propia jurisdicción. Lo interesante aquí es que de una definición conceptual insatisfactoria se sigue un impacto social reducido. La teoría importa más de lo que a veces nos quisieran hacer creer algunos.

“discriminaciones notoriamente arbitrarias, sin base racional”,⁶⁶ sin alcanzar la transformación de las mentalidades y conductas que sirven de sustento a la cultura de la discriminación.

Y es aquí donde la primera sentencia antidiscriminación ha hecho uno de sus aportes más notables, al responder críticamente a uno de los argumentos ofrecidos por la parte demandada de la siguiente forma:

“[L]a referencia hecha a los medios de comunicación social por parte del señor Mandujano, de que a algunos ‘pasajeros’ les molestaría la presencia de parejas homosexuales en el motel, de ser efectiva, no es más que el reflejo de las conductas que se busca evitar y erradicar de nuestra sociedad con la dictación de la presente ley.”⁶⁷ (Considerando 19º).

En efecto, el propósito de la Ley es transformar las mentalidades y prácticas sociales que dan sustento a los actos específicos de discriminación. En ese sentido, la Ley Antidiscriminación debe ser vista como portadora de un *juicio reflexivo* formulado a través del proceso legislativo que enjuicia ciertas creencias socialmente compartidas, ciertas intuiciones, y decide intentar erradicarlas por su incompatibilidad con los valores que sustentan a una democracia constitucional: la libertad, la igualdad, la fraternidad y la dignidad.

En línea con esto, Post ha propuesto entender el derecho antidiscriminación no como un instrumento “que emerge autóctonamente desde una ‘posición original’ o de la disciplina de la razón instrumental”,⁶⁸ sino como “una práctica social que actúa sobre otras prácticas sociales”, que “transforma prácticas sociales preexistentes, tales como la raza o el género, reconstruyendo las identidades sociales de las personas”.⁶⁹ Desde esta perspectiva, la pregunta no es si las “impresiones estereotípicas” pueden ser eliminadas de raíz, “sino más bien cómo el derecho altera y modifica dichas impresiones”; lo que se busca es que “se articulen principios que guíen y dirijan la transformación de las prácticas sociales”, “incluso a costa de la racionalidad instrumental”.⁷⁰

Ahora bien, haría mal quien concluyera de esto que el propósito de la Ley Antidiscriminación sea la transformación unilateral y “desde arriba” de la cul-

⁶⁶ EVANS (1999), p. 126.

⁶⁷ Considerando 19º.

⁶⁸ POST (2001), p. 22.

⁶⁹ POST (2001), p. 40.

⁷⁰ POST (2001), p. 40.

tura. El mismo Post ha intentado desvirtuar esta concepción de la intervención judicial en la determinación de los valores encarnados en la Constitución y las leyes. Definiendo “derecho constitucional” como la elaboración “hecha desde la perspectiva de los jueces”, y “cultura” como “las creencias y valores de los actores no judiciales”, Post ha sugerido que “el derecho constitucional y la cultura están trlabadas en una relación dialéctica, de tal forma que el derecho constitucional emerge de la cultura y a su vez la regula”.⁷¹ Para este autor, “la legitimidad del derecho constitucional depende en parte de lo que los actores extrajudiciales explícitamente crean sobre la Constitución”.⁷²

Interesantemente, el propósito de Post es el desmentir aquella concepción, adscrita por la Corte Suprema de Estados Unidos en los casos por él comentados, que sostiene que “el derecho constitucional es y debe ser autónomo de las creencias y valores de actores no-judiciales”.⁷³ Su advertencia debe pesar también para aquellos burkeanos que teman ver en la Ley Antidiscriminación un esfuerzo “constructivista” por transformar nuestra sociedad; además de encontrar validez en el mandato formulado por la Ley Antidiscriminación, los jueces antidiscriminación encontrarán su sustento último en los valores socialmente existentes, los que le darán su plausibilidad a las interpretaciones ofrecidas por los jueces. Ni el juez más activista podría sustraerse del contexto ofrecido por las concepciones socialmente plausibles, que le dará una aceptabilidad pública a su interpretación de la cual no puede prescindir si desea que ella sea exitosa en obtener efectiva aplicación.

En resumen, toda comprensión de la Ley Antidiscriminación que aspire a hacer realidad sus objetivos debe entender que los valores sociales son objetivo pero también sustrato de su regulación; son materia de escrutinio, pero también condición de posibilidad. La sentencia aquí comentada es reflejo de ello, pues al mismo tiempo que censura, en nombre de la Ley Antidiscriminación, ciertas creencias culturales, al mismo tiempo se sustenta en otras, en aquellas que moti-

⁷¹ POST (2003), p. 8.

⁷² POST (2003), p. 9.

⁷³ POST (2003), p. 8. Las diferencias entre nuestro sistema jurídico y el norteamericano en materia del rol de los jueces son a menudo exageradas, y sus similitudes ignoradas. A nivel de autopercepción, en ambos sistemas los jueces negarán que ellos “legislan desde el tribunal” y los demás actores políticos afirmarán que estaría mal que lo hicieran; y sin embargo, en ambos casos el procedimiento judicial ofrece múltiples espacios para la definición y redefinición de diversas “cláusulas de textura abierta”, que pueblan no sólo la Constitución sino todo el repertorio de leyes y reglamentos. La diferencia más significativa entre ambos sistemas, a mi juicio, se ubica en la descripción del sistema jurídico y judicial hecha desde la academia, la que en Estados Unidos acostumbra a tomar una perspectiva “externalista” y, entre nosotros, una “internalista”. Mientras la primera apunta a la descripción analítica, la segunda busca la corrección dogmática.

varon a los legisladores a aprobar dicha ley en un contexto de indignación social contra la homofobia.

4. CONCLUSIÓN

Volvamos al hecho de que el primer juicio por discriminación haya tenido por objeto la discriminación contra parejas del mismo sexo. Cabe sugerir, a modo de hipótesis, que la amplia publicidad que rodeó la muerte de Daniel Zamudio y la posterior aprobación de la Ley Antidiscriminación logró transmitir efectivamente al público la idea de que la Ley protege la diversidad sexual, pero al mismo tiempo oscureciendo en la conciencia colectiva que la Ley protege también a otros grupos desventajados o vulnerables contra los actos discriminatorios de que son víctimas. Esta hipótesis es consistente con la anterior observación según la cual, inevitablemente, la interpretación judicial hunde sus raíces en los valores y creencias socialmente existentes.

En ese sentido, queda por ver si la Ley logrará extender su ámbito de aplicación en la plétora de situaciones de vulnerabilidad y desventaja existentes en nuestra sociedad. De entre todas ellas es particularmente notoria la desventaja socioeconómica, debido a que en una lógica de segundo orden impacta prácticamente en todos los casos de grupos definidos por su pertenencia a “categorías sospechosas”, reforzando o en ocasiones causando su vulnerabilidad. Por esto, una pregunta fundamental es si los usuarios de esta Ley lograrán encontrar casos adecuados que permitan desafiar las injusticias y desigualdades vinculadas a la posición de carencia socioeconómica de los diversos grupos en cuestión. Las discusiones públicas sobre la desigualdad en el acceso a la educación y sobre la discriminación socioeconómica, que han transcurrido paralelamente a la discusión sobre el tratamiento a la diversidad sexual, podrán proveer de contexto a dichos intentos por expandir la acción de la Ley a otros ámbitos.

No es posible cerrar este comentario sin hacer referencia a la necesidad de modificar la Ley en dos aspectos centrales a fin de darle a la misma la capacidad de impactar efectivamente en nuestras prácticas sociales. La primera es entregarle a un órgano la responsabilidad específica de velar por el cumplimiento del artículo 1º, inciso 2º de la Ley,⁷⁴ dotado de la autoridad de establecer indicadores en la

⁷⁴ “Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

materia y de hacerse parte en los procedimientos iniciados en virtud del Título II de la Ley. El Instituto Nacional de Derechos Humanos es el candidato más claro para ello, en consideración a su misión institucional y a su estructura autónoma respecto del Ejecutivo. Si bien esto podría dificultar su capacidad de obtener la colaboración de las autoridades gubernativas en la consecución de sus objetivos, este es un precio que, además de ser contingente, vale la pena a fin de preservar la continuidad del Instituto al margen de los cambios en el Ejecutivo y, desde luego, su autonomía respecto al mismo.

La segunda es la necesidad de que el legislador regule en la Ley Antidiscriminación la existencia de mecanismos de compensación para las víctimas de discriminación. Digo que la regule en la Ley Antidiscriminación porque, desde luego, la compensación para la víctima procede por aplicación de las reglas generales de responsabilidad extracontractual contenidas en el artículo 2314 del Código Civil.⁷⁵ El problema con la compensación civil es que ella beneficia a la víctima individual de discriminación, siendo que –como queda dicho– la discriminación es un fenómeno de raigambre social y de alcance colectivo; se sustenta en prejuicios socialmente compartidos o en estructuras sociales desiguales e injustas, y afecta no a individuos aislados sino que a todos quienes comparten alguna de las características identificadas por el legislador. En esto, como en otras cosas –piénsese en la reglamentación de las relaciones entre empleadores y trabajadores–, la lógica patrimonialista e individualista del Código Civil se refleja como insuficiente. Por esto, el establecimiento de fondos en favor del mejoramiento de las condiciones del grupo victimizado por el acto discriminatorio, con cargo a los cuales se desarrollarán actividades de prevención, reparación y asistencia, reflejaría más adecuadamente las características del mal social en cuestión y cumpliría más adecuadamente con el propósito de la Ley Antidiscriminación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BASCUÑÁN, Antonio (2011): “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010)”, *Estudios Públicos*, N° 124, pp. 113-137.
- BELLO, Andrés (1885): “Publicidad de los juicios”, *Obras Completas*, vol. IX: Opúsculos Jurídicos, pp. 1-7 (Santiago, Pedro G. Ramírez).

⁷⁵ “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

- BOBBIO, Norberto (1990): *Teoría General del Derecho* (Debate, Madrid).
- CORREA, Jorge (2011): “Jurisprudencia de TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología?”, *Anuario de Derecho Público* (Universidad Diego Portales), Nº 1, pp. 96-126.
- COUZO, Javier (2012): “Acerca de la pertinencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile”, *Derecho Público Iberoamericano* (Universidad del Desarrollo), vol. 1, pp. 193-199.
- EVANS, Enrique (1999): *Los derechos constitucionales*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FISS, Owen (1976): “Groups and the equal protection clause”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, pp. 107-177.
- FISS, Owen (1984): “Against Settlement”, *Yale Law Journal*, vol. 93, pp. 1073-1090.
- FISS, Owen (1993): “The allure of individualism”, *Iowa Law Journal*, vol. 78, pp. 965-979.
- FULLER, Lon (1969): *The Morality of Law* (New Haven, Yale University Press).
- GARCÍA, José Francisco (2011): “El tribunal constitucional y el uso de ‘tests’: Una metodología necesaria para fortalecerla revisión judicial económica”, *Revista Chilena de Derecho* (Universidad Católica), vol. 38, pp. 101-138.
- MUÑOZ, Fernando (2011): “‘Que hable ahora o calle para siempre’: la ética comunicativa de nuestra deliberación en torno al matrimonio igualitario”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 24, pp. 9-30.
- MUÑOZ, Fernando (2013a): “‘El núcleo fundamental de la sociedad’: los argumentos contra la crianza homoparental en los casos *Atala y Peralta*”, *Ius et Praxis*, vol. 19 (en imprenta).
- MUÑOZ, Fernando (2013b): “Gas lacrimógeno y constitucionalismo democrático”, *Estudios Públicos* (aceptado a publicación).
- NINO, Carlos (1997): *La constitución de la democracia deliberativa* (Gedisa, Barcelona).
- POST, Robert (2001): *Prejudicial appearances: the logic of American Antidiscrimination Law* (Durham, Duke University Press).
- POST, Robert (2003): “Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law”, *Harvard Law Review*, vol. 117, pp. 4-112.
- REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CHILENAS (1992): *Código Civil y Leyes Complementarias* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- SEMELIN, Jacques (2007): *Purify and Destroy: The Political Uses of Massacre and Genocide* (New York, Columbia University Press).
- SIEGEL, Reva (2004): “Equality talk: antisubordination and anticlassification values in constitutional struggles over *Brown*”, *Harvard Law Review*, vol. 117, pp. 1471-1547.
- ZÚÑIGA, Yanira (2006): “El derecho como representación-deformación. Un análisis de su construcción adversarial en clave de género y derechos fundamentales”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 19, pp. 35-59.
- ZÚÑIGA, Yanira (2009): “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 22, pp. 39-64.